IESVS, MARIA, Y IOSEPH.

REPLICATO

DEL DVQVE DE SEGORVE Y DE LERMA, Y ALCALA, ADMINISTRADOR DEL ESTADO DE ALCALA.

A LA RESPVESTA

DEL SEÑOR MARQVES DE CASTEL-RODRIGO, DEL CONSEJO DE ESTADO DE SV MAGESTAD, Y PRESIDENTE EN EL DE FLANDES.

EN EL PLEITO DE ACREEDORES

A LOS BIENES LIBRES DEL DVQVE DON FERNANDO ENRIQVEZ DE RIBERA.

DE Contrario se ha dado vn Papel de respuesta al que se hizo por esta parte: y para replicar dignamente a èl, es menester no seguir su exemplar, y estilo, sino el que en el dezir, encarga Fabio Quintiliano se observè *instit. orator. lib. 10. cap. 3* dum ait: *Curandum est, vt quàm optimè dicamus: dicendum tamen pro facultate. Ad profectum enim opus est studio, non indignatione.* Procurarè, pues, muy libre deste vltimo afecto, con todo el cuydado que pide mi obligacion, y estudio que cupiere en la brevedad del termino con que escrivo, satisfazer à lo que se responde a nuestro primero informe.

1 Soriticæ cavillationis nos esse participes, se arguye de contrario, porque por brevissimas mutaciones del hecho, de evidencias verdaderas passamos a suposiciones siniestras, sujetandonos à la censura de la invencion de

Chryſippo, ò ſillogiſmo acerval, *de quo apud I.C.in l. ea eſt natura 65.ff. de regul.iur. & in l. natura. 177.ff. de verb. ſign.*

2 La cenſura es bien rigurosa, pues a tener fundamẽto, ponia en duda el aver incidido en mayor crimen, porque lo es en vn Abogado recitar falſamente el hecho del pleyto. argum. *text.in l.falſi nominis 13.§.1.ff.ad leg.Corn. de falſ.* En cuya eſpecie, aun en menos culpa no valiò al Abogado que alli ſe refiere ſer Regidor para eſcuſar la ſuſpenſion de ſu oficio, y mocion de la Orden, ò Cabildo, por diez años, en pena *de falſo recitato.*

3 Ajuſtarè mi deſcargo, moſtrando el defecto de cõtrario en el ſumario del hecho. *Sed tamen, vt maneamus in perſpicuis firmius, & conſtantius maiori quadam opus eſt, vel arte, vel diligentia: ne ab his quæ clara ſint ipſa per ſeſe, quaſi præſtigijs quibuſdam, & captionibus depellamur.* Como prevenia Cicer. *Academic.qq. lib.4.*

4 Siendo el principal articulo en la defenſa del Eſtado de Alcalâ el pretender, que contra ſus frutos, y rentas no ay la coſa juzgada en virtud de que ſe pide la execucion, pareciò demoſtrarlo. Que aunque ſe contiene en el memorial ajuſtado, por ſu dilatacion no eſtà ceñido â la brevedad neceſſaria para la inteligencia del articulo, que conſiſte en vna palabra, ſcilicèt: *Que el pleyto es de concurſo de Acreedores à los bienes libres del Duque D. Fernando, en que ni fueron convenidos los bienes, ni los frutos, ni las rentas del Eſtado de Alcalà.* Rurſus, *que como no era convenido el Eſtado, no ſe ſuſtanciò con parte legitima por él, como Reo demandado.*

5 Eſtas dos propoſiciones en el hecho ſon tan ciertas, que por mas que en el Papel q̃ ha eſcrito de contrario, ſe intente p[...]erlas en controverſia, ſiempre *ſubdola calliditas* (que dixo Senec. *Epiſt.49 in fin.*) *minus cõvenit*, y ſe convencerâ con el dicho de Euripides, que refiere: *Veritatis ſimplex oratio eſt.*

6 Es

6 Es tanta verdad lo què ambas proposiciones contienen, que para contradezirla, ha sido preciso al Abogado del señor Marques el confundir los pedimentos, y pretensiones de sus mismas partes: cõviene a saber, de la Duquesa Doña Beatriz de Mora, y del Marques, sacando de algunas circunstancias verdaderas, consequẽcias no ajustadas. Y para refutar su discurso, se distingue por los autos, que es cierto que en Madrid pidiò la Duquesa execucion contra los frutos, y rentas del Estado de Alcalâ por 110ʒ. ds. de su dote, y arras. Este pleyto se remitiò por el Consejo a esta Real Audiencia, y no se halla que aqui se prosiguiesse, ni hiziesse pedimento alguno contra el Estado, ni contra sus frutos, y rentas; antes los autos que vinieron de Madrid se quedaron, y estân a parte, y separados del concurso, en cuyo processo prosiguieron la Duquesa, y el Marques sus pedimentos con la distincion que se dize en el Papel contrario: *Quam soriticam esse sat apparet*, pues con ella se quiso obscurecer las pagas recibidas por cuẽta de la dote, y arras, y hazer dividuo este credito entre la Duquesa, y su hermano, siendo individuo respeto del deudor, pues el Duque, ni sus bienes, ni el Estado en su obligacion condicional, y subsidiaria, no devian nada al Marques, y solo podia ser acreedora la Duquesa por su dote, y arras, aunque con el cargo del gravamen que pretendia el Marques de los 50ʒ. ds. para su mayorazgo, por la reversion pactada en las capitulaciones matrimoniales.

7 Siguiòse, pues, el pleyto de acreedores â los bienes libres del Duque Don Fernando, no se siguiò pleyto alguno contra el Estado, ni contra sus frutos, y rentas, y ni se podia seguir, porque la remission del Consejo no tuvo mas fundamento, ni otro, que ser la obligacion del Estado condicional, y en subsidio, y falta de bienes libres, y que aviendolos del Duque Don Fernando, deudor principal, aunque estuvieran concursados, no passô el Consejo por a doctrina del señor Molina de *primog. Hispan. lib.* [illegible]

num.

*num.*31. sino por la practica en contrario, de qua *nostra 1. allegat. num.* 51. Y remitiò a esta Audiencia el pleyto, que en quanto al Estado, como està dicho, se quedô en el que traxo de Madrid, y la Duquesa prosiguiô el de acreedores à los bienes libres del Duque Don Fernando.

8 Con que no es tolerable la amphibologia cō que se quenta de contrario el hecho, diziendo en la narracion de la sustanciacion del processo, *que se dio traslado al Estado. Que el Estado respondiô, &c.*

9 Porque nunca se pidiò contra el Estado (se entiēde hasta la executoria, y su liquidacion, que es el punto sobre que se trata) ni respondiò el Estado: y el Abogado cōtrario quiere dezir, que se sustāciò con èl; porque le quiere tener por representado por el señor Duque de Medina Celi. Siendo assi, que como se dixo en el primero papel, y en el de contrario se reconoce, y consta del memorial ajustado, en este concurso, el señor Duque de Medina Celi, por el mandato legal, yà como marido, yà como padre, segun los tiempos, pidiò, y nunca como Administrador sequestrario del Estado de Alcalà.

10 Con que por mas folios que se ayan rebuelto por parte del señor Marques en los Ramos deste pleyto, y se citan en su informe, toda via no puede ajustar, que las sentencias de vista, y revista de graduacion se ayan litigado con el Estado de Alcalà, ni sobre pretender cobrar de sus frutos, y rentas. Y no pudiendo tan docto Abogado, como el que le defiende, quedar sin escrupulo de su misma relacion, haze vn argumento bimembre, ò dilemma, poniendo en nuestra eleccion las partes de que le compone; porque dize, que si ay executoria, tiene el intento con la cosa juzgada, y si no la ay, le tiene tambien por la escriptura. Reducirê, pues, la replica a estas dos partes, y respectivamente en cada vna se procurarà dar satisfacion à lo escrito.

De

De la cosa juzgada, y que ni para perjuizio al Estado de Alcalà, ni es exequible contra sus frutos, y rentas.

11 DIzese de contrario que està vencido el Estado porque ay pedimento contra èl, y porque està contestado el juizio, y porque ay cosa juzgada. Libenter repetam licet fastidiosior.

12 En el primero informe *art. 1. num. 30.* procurava fundar que no podia aver cosa juzgada contra los frutos, y rentas del Estado, por no aver pedimiento contra el Estado, ni contra sus frutos, y rentas. Y como este sea principio tan insuperable, no hallando con que responder a èl, se finge de contrario vn juizio formado, y contestado, y viendo que no puede ser sobre los frutos, y rentas del Estado, se haze memorial de pedimiento, y autos que se hizieron en Madrid; que como està dicho es cierto pidiò la Duquesa contra el Estado: pero porque pidiò mal, ò almenos intempestivamente, se remitiò por el Consejo a esta Real Audiencia, donde pendia el pleito de Acreedores a los bienes libres del Duque su marido principal deudor suyo. En este pleito pues, no solo no prosiguiò el pedir, ni pidiò contra el Estado, pero ni podia pedir: porque el pleito, y Concurso no era a los frutos, y rentas del Estado, ni contra ellos ay Concurso, sino contra los bienes del Duque Don Fernando. Contra los quales hizieron sus pedimientos la Duquesa, y su hermano, y saliò la executoria de graduacion de los Acreedores dandoles lugar, y grado a cada vno en los bienes libres del Duque Don Fernando.

13 Con toda su agudeza no sacarà Chrysippo la consequẽcia q̃ de cõtrario se deduce, hoc est: remitierõse los autos que passavan en Madrid contra el Estado, no se han seguido sino contra los bienes libres. Ergo la cosa

juzgada es contra el Estado. Esto es lo que se dize en el papel contrario. Quod cum nullo iure subsistere queat, replicatione non eget.

14 Cerca de las personas infelicius progreditur adversarius: porque ni ay Actor demandante contra el Estado, ni Reo defendiente, ò justo contradictor, vt dicebamus 1. *alleg. ex num.* 24. Y ambas personalidades se intenta fingir. La del Actor, queriendo que assi la Duquesa como su hermano pidiessen contra el Estado, y dezir que antes de la executoria en este pleito pidieron contra êl, nada mas incierto: porque como està dicho, ni pidieron, ni pudieron pedir supuesto que el Concurso no era contra el Estado, ni contra sus frutos, y rentas, sino contra los bienes libres del Duque Don Fernando, a que estava formado el Concurso, y a que se opusieron por sus creditos como los demas.

15 Personalidad de Reo en el señor Duque de Medinaceli no la huvo; porque antes como marido de la señora Doña Ana Luisa, y despues de muerta como padre de su hijo intitulandose Duques de Alcala, saliò por el Estado como tercero pidiẽdo grado en los bienes libres del Duque Don Fernando. Los pedimientos, y alegaciones, cuyos fragmentos se trasladan en el papel, a que estoy respondiendo, son de opositor â opositor, contradiziendose los grados alegando pagas, y otras excepciones. Esto mira a la exclusion del grado, no empero puede constituir en qualidad de Reo, convenido al Acreedor que pretende que otro no lo sea, ni se le dè grado en el Concurso. *Cum nil vulgarius, quàm vt creditores adversus alios creditores possint illas omnes exceptiones allegare, quæ cõpeterent debitori.* D. Salg. *in Labyr.* 1. *p. c.* 13. §. 2. *n.* 24. & *c.* 40. *n.* 10.

16 Fuera de que no se nos responde a tan solidos fundamentos (nisi fallimur) como los con que intentavamos probar, que no aviendose sustanciado con el señor Duque de Medinaceli *como administrador sequestrario,*

no

no servian las demàs representaciones, ni por ellas estava legitimamente sustanciado el juizio. Ex iuribus, & Doctrinis â nobis adductis, quibus addimus iterum D. Salg. *de retention. Bullar. 2. p. c. 15. ex. n. 28.* & ante eum D. Solorç. *de iur. Indiar. 1. tom. lib. 2. c. 21. ex num. 6.* vbi ex civili, & canonico iure coacervantur omnia testimonia.

17 Antes bien se deve notar, que para salir del argumento, se supone de contrario lo que si fuera cierto era buena respuesta: porque dize *num. 78. & num. 80. & passim*, que la señora Duquesa tenia, y tuvo en su vida, y tiene oy su hijo *la tenuta* del dicho Estado, y si assi fuera los lugares mesmos que yo traxe 1. *alleg. numer.* 26. de Don Christoval de Paz, y del señor Salgado, y se me repiten en el papel de respuesta, fundavan su intento, no el mio; porque es fruto de la renta el vso de las acciones activas, y passivas, *ex l. 1. §. vsufructuarius, ff. de nov. oper. nuntiat.* cum sexcentis alijs congestis à D. Cast. *de vsufr. c. 26. &* â Don Garcia Mastrillo *decis. 146.*

18 Longiùs res se habet, nondum enim obtinuerunt in tenutæ iuditio los litigantes, y se vsò del medio de sequestro, quo posito neuter possidet, y ninguno puede mover accion, ni moverse contra el, puesto que en el sequestrario reciden en su exercicio las activas, y las passivas para su defensa. vt probamus *d. num. 26.*

19 De que es precisa sequella, que solo los autos que se huvieren hecho con el señor Duque de Medinaceli, como administrador puesto por el Consejo en los bienes del dicho Estado, le perjudicaran. No se darân pues autos algunos hechos por este titulo con el señor Duque, antes de la executoria. Pues aunque se nos acusa de no aver visto el pleito, insistimos en lo que se ha dicho 1. *alleg. n.* 14. porque es cierto que hasta 13. de Abril de 1656. no se hizieron autos con el señor Duque como administrador del Estado de Alcala. Y esto no fue solo despues de la executoria, sino despues de hecha la liquidacion, y de aver

co-

cobrado algunas partidas el señor Marques de Castel-Rodrigo, como consta *del memor. fol. 33. B. en lo final del num. 61.* y desde el *nu. 48. fol. 26. B.* se refiere todo lo actuado con Baltasar de Ribera Agente del Duque, y con Don Ioseph Andres de Nestares su Tesorero, q̄ todo ello (por pretender los susodichos que ni el vno tenia poder bastante para nuevas demandas, y el otro que no era Tesorero del Estado) se vinieron a reducir al auto de 13. de Abril de 1656. (*d. fol. 33. B. en el memor.*) en que se mandò *notificar al Duque el pedimiento del Marques como administrador del Estado de Alcala.*

Como quiera que esto ha sido para dar llena satisfacion al cargo de menos fidelidad en la narracion del hecho, que a la verdad aun quando fuera como se finge de contrario, no importara para el pũto, que consiste en que todo lo actuado en dicha razon fue despues de la executoria, y liquidacion della, sin que ni al Duque como administrador sequestrario se le huviesse hecho notificaciõ alguna en el discurso, y litigio de dicha executoria, y de su liquidacion.

20 Non illepidè se arguye de contrario con el texto *in l. si ponas. 23. §. 1. ff. de inof. testam.* juntandolo con la vulgar regla de derecho, *ex l. 1. §. is autẽ. ff. de superficieb.* ibi: *Nam cui damus actionem, eidem, & exceptionem cõpetere multo magis quis dixerit.* repetida *in l. invitus. 156. §. 1. ff. de reg. iur. & in c. qui ad agendum. 71. eod tit. lib. 6.* donde los repitientes de ambas scuelas ponen la razon de decidir de la regla en el mayor favor del Reo, quien si como Actor tenia defensa, por excepcion como Reo mejor deverà ser oido. Aplicar este principio al caso no es dificil, sino impossible, pues no tiene que ver, que el señor Duque de Medinaceli se opusiesse como tercero al pleito de la graduacion, con pretender que con èl se aya sustanciado el pleito como Reo, y contradictor legitimo por el Estado.

21 Pe-

21 Pero toda esta disputa, y quanto de contrario se responde procediera en terminos de estar demandados los frutos, y rentas del Estado, mas no estandolo, mal pueden estar vencidos. Y assi solo huvo reserva contra él, la qual nadie la ha tenido por sentencia condemnatoria, ni por sentencia exequible. Pues es proprissima naturaleza de la reserva, ni condenar, ni absolver, ni quitar derecho, ni darlo, sino solo no perjudicar el q̄ huviere, y reservarlo si lo ay. Quod latissimè, & iuribus, & Auctoritatibus comprobavimus 1. *alleg art. 2. per totum*. A que de ningun modo se halla respuesta en el papel contrario, ni la tiene. Quomodò ergò de executione rei iudicatæ tractatur, vbi non est sententia, sed reservatio? Que a la reserva nadie le ha dado execucion sino entrada al pedimiento, y sobre él la cognicion necessaria de causa en nueva instancia, en que no ha avido duda, y solo la pusieron los Auctores, sobre si avia de ser ante el mesmo Iuez que haze la reserva, a quien por hazerla tienen por competente los de mejor sentir, quos refert D. Salg. *de Reg. protect. p. 2. c. 18. nu. 60. & in Labyr. credit. p. 2. c. 6. n. 79.* Lara *in compend. c. 21. num. 51.* Y por esta opinion se ha procedido (sin contradicion) en este pleito de Acreedores a los bienes libres del Duque Don Fernando sobre la dicha reserva contra los frutos, y rentas del Estado, Ducado de Alcala, cōtra los quales hasta aora no ay executoria en que esten vencidos, ni en cuya virtud se pueda, ni deva despachar la execucion que se pide.

II. PARTE.

Que no ay instrumento en que se pueda fundar via executiva contra los frutos, y rentas del Estado de Alcala.

22 AViendo fundado 1. *nostra alleg. art. 4. ex. num. 38. ad 47.* que el instrumento, y obligacion

 del

del Estado es condicional, no se nos responde cosa que dē cuidado en la replica, antes bien se mezcla la question del instrumento illiquido, y del condicional, entre los quales ay mucha diferencia: pero ni el illiquido es exequible, ex textu (quem aureum nuncupat Baldus) *in l. hac autem. 5. §. 1. ff. quib. ex caus. in poss. eatur.* & Baldum refert. Surd. 2. *tom. cons.* 248. *num.* 13 Mangil. *decis.* 50. *nu.* 3. *& decis.* 88. *num.* 9. *post tract. de subhast.* y que siempre deve preceder a la execucion el articulo de la liquidaciō, y que es nueva instancia por ser causa diversa de la principal. Muta *decis.* 22. *nu.* 11. cum innumeris ab Antonin. Amat. *resol.* 14. *n.* 47.

23 Pero la obligacion del Estado es condicional por serlo la facultad en virtud de q̄ se otorgò, dum ait: *Para que obligando primeramente à la restitucion, y paga de la dicha dote, y arras los bienes libres que al presente teneis, y adelante tuviereis, por si aquellos no bastaren podais obligar los frutos, y rentas del dicho Estado, y Mayorazgo, y no la propriedad dél por la parte que demas de los bienes libres fuere menester à los dichos* 50ij. *ducados, &c.* nescio quo genio se niegue que esta obligacion sea subsidiaria, y condicional, ni por donde se quiere extraer de los terminos textuales *in l. fin. ff. si cert. petat. & in l. decē.* 116. *ff. de verb. oblig.* con todo lo demas que se dixo *d. art.* 4.

24 Para el cumplimiento de la condiciō desta obligacion ha de constar no aver bienes libres del Duque D. Fernando, tocandole la prueba desto, hoc est, el verificar la condicion a quien trata de executar el instrumento, vt probavimus *ibidem num.* 42. ante impletam ergo conditionem, neq̄ [illegible] exequi obligatio. *l. Thais.* 41. *§ Sthicus, & Damas. ff. de fideicom. liber.* Ant. Gom. *in l.* 64. *Taur. n.* 7. Parlad. *rer. quotidian lib.* 2. *c. fin.* 1. *p. §.* 12. *num.* 39. Siendo como es la condicion suspensiva, que de tal modo suspende la accion, que no se puede vsar della, mientras no

se

se verificà faltar bienes libres, y que es lo que falta dellos. Hæc namque est natura conditionis suspensivæ, vt actũ, & exercitium actionis suspẽdat. *l. cum ad præsens. 37. cum duab. ll. seqq. ff. si cert. pet.* Giurb. *decis. 60. n. 14 & n. 31.*

25 Ha de probar pues el cumplimiento de la condicion el Actor, vt in terminis (vltra D. Molin. & Noguer. quos *ibidem num.* 43. adduximus) probant Fontan. *de pact. nupt. 2. tom. claus. 5. Gloss. 1. p. 2. ex num.* 18. Burat. 1. *tom. decis. 151. num. 1. & decis. 286. num. 1.* y en ambos lugares cõ el texto *in d l. decem.* en los mesmos terminos de la obligacion de que se trata en este pleito, resuelve que ni se considera obligacion, ni nace accion hasta que estè purificado el instrumento con prueba que haga el Actor del defecto de bienes libres.

26 En respuesta de textos tan individuales, y de lugares tan en terminos, se haze en el papel contrario vn largo discurso *ex numer. 92.* sacado del señor Salgado *in Labyr. 1. p. c. 23.* sobre el punto de la excusion, ratione ordinis conveniendi reum, & fideiussorem. *ex Auth. præsente.* Y este lugar ya le tenemos alegado 1. *alleg. num. 40.* y es assi, que en la obligacion simplicitèr fideiussoria se discurre por el orden de convenir, y en este caso es la disputa si ha de preceder excusion, ò si basta se haga en el discurso de la causa, y si es bastante modo de excusion pedirle al fiador que muestre bienes libres del principal deudor. Pero la controversia de todas estas questiones, y la resolucion mas favorable que se pueda pensar a la otra parte, nihil ad rem en nuestro caso. *num.* namque 83. ait D. Salgad. *ab hac regula excipitur fideiussor indemnitatis, cuius obligationis substantia conditionalis est â principio, atque ideó actio ante conditionem purificatã nata non est.*

27 Otra respuesta se dà (pace adversarij sit dictum) ex proprio cerebro, sed nullo iure: que es dezir, que nuestra defensa consistiera si los bienes del Estado estuvieran obligados en la propriedad, y que no es la obligacion, mas

que

que de los frutos, y rentas, alegase a Giurb. *decis.31. num.* 4. *& num.10.* Veaſe (obſecro) eſte lugar, y ſe hallarà no ſer del caſo.

28 Y el texto *in l.mulier.22.§.cum proponeretur.ff. ad Trebel.* tuvo ſpecialidad: por cuyo argumento bien pensò el ſeñor Molin. *de Hiſp. Primog. lib.4.c.6. num.15.* q̃ la carga del mayorazgo *ex Auth. res quæ. C. commun. delegat.* devia ſalir de los frutos ſi eſtos baſtaſſen para la conſtitucion de la dote del cargo del mayorazgo. Quid verò ad rem, Dominationis veſtræ ſit iudicium: porque ſiguiendo eſto meſmo ſe diò la facultad en la forma referida.

29 Siendo pues condicional la obligacion, y tocandole al Actor la prueba del cumplimiento de la condiciõ no ſolo no la hà probado, pero ſe prueba por eſta parte q̃ eſtà pagada la dote, y arras, y que quedaron muchos bienes del Duque Don Fernando de que hazerſe pago. Y cierto que viendo que no ſe reſponde de contrario a lo que ſobre eſto ſe eſcriviò por eſta parte en el primero papel, ſe ha buelto a regiſtrar con particular cuydado, y todas nueſtras propoſiciones en quanto al hecho ſe comprueban con el proceſſo, y en quanto a los fundamentos ſe procura authorizarlos con lugares en terminos; que los mas dellos ſe hallan juntos en la *allegacion vltima* de Don Pedro Noguerol. A que de ninguna manera ſe reſponde de contrario, y ſolo ſe nos haze el cargo que puede correr contra eſte Autor, de que vnas vezes dezimos que es obligacion ſubſidiaria, y otras que ſe tiene por fiador el Eſtado, ſin advertir que el fiador de indemnidad, ò ſubſidiario no es ſimpliciter fiador, que es con lo que los diſtingue Antonio Gomez, y los demas Auctores que cita Noguerol.

30 Tampoco ſe ſatisfaze a lo alegado *noſtra 1. alleg. num.65.* que esforçamos aora aviendoſenos traido entre unos ramillos pequeños que ſe acomularon a eſte Con-

cur-

curso vn pleito, que se siguiò por parte de la dicha Duquesa, como heredera de la Princesa de Paterno su hija posseedora que fue de dicho Estado, contra Lorenço Lopez Alguazil de entregas (vara que pertenece al Estado) por vna summa considerable que devia, y porque tuvo sentencia de remate contra el: que cobraria sin duda, pues es notorio quan rico fue este hombre. De que lo vno se añade esta partida mas por cobrada de frutos del Estado, y lo segundo se firma la conclusion propuesta *d. n. 65.* de que si la accion era contra los frutos, y rentas del Estado, en los que como heredera de su hija pidiô, y cobrò, bastantemente estava satisfecha de su dote, quando no se le quenten, y carguen tan grandes summas como las que percibiò en Genova, y de Palermo, en cuya relaciō se passa ligeramente *en el memorial ajustado, fol. 19.*

31 Diximus ergo, *d. alleg. 1. num. 65. & 66.* que cobrò, y deviô cobrar la Duquesa de si mesma como heredera de su hija, de cuyo tiempo pidiô los frutos, que conforme a la certificacion que se diò de su pedimiento, mōtaron 58.q.344U705. mrs. y 18U201. fanegas de trigo, y y 1U776 fanegas de cevada. Conque quando no huviera cobrado de los bienes del Duque, y huviera de recurrir a la obligacion de los frutos, y rentas del Estado, quod petit, intùs habet. Y en todo caso el aver aceptado la herencia de su hija su deudora, segun la pretension por los frutos del Estado, no puede repetir de los presentes, y se reputa pagada, ex textu, quem adduxi, *in l. quæ dotis 33. ff. sol. matrim.* cum Barbos. & reliquis: *d. num. 65 nostra allegationis.*

32 Y de aqui se puede conocer non ociosè dictum, que viviendo la Duquesa pudo muy bien cobrar enteramente su dote y arras, sin embargo del gravamen, y reversion capitulada de los cinquēta mil ducados al mayorazgo de Castelrodrigo, porque fue dueño de la dote, aun caso negado huviera subsistido al gravamen, maximè

teniendo como tenia hijos, pues solo era el gravamen para en caso que muriesse sin ellos. Pero viviendo pudo cobrar como cobrô de los bienes que dexò su marido, y de la herencia de la hija, y de los frutos que le pertenecieron como su heredera del tiempo que posseyò el Estado la dicha Princesa de Paterno. Ex longè dictis 1. *alleg. art.*3.

33 A que de contrario no se responde: porque solo se dize, que no son apropósito los textos *in l.* 2. *ff. de pact. dotal.& in l.*1. §.1. *ff. de dot. preleg.* ni los lugares de Fontanell. Mastril. y Barbosa, que citamos *d. art.*3. siendo en terminos, de que el pacto en las Capitulaciones matrimoniales sobre la reversion de la dote, ò parte della, *si decesserit mulier sine liberis*, se entiende muriendo la muger constante en el matrimonio, no faltando el matrimonio por muerte del marido. Y difiere vn caso de otro (como dizen estos Auctores) por el favor de la dote. porque disolviẽdose el matrimonio por muerte de la muger, cessa en quanto a esto con su muerte el privilegio dotal: pero si se disolviera por muerte del marido no ay razon para que la viuda quedasse indotada.

34 El alegarse esto por nuestra parte, es por entender haze a su defensa el probar que nunca tuvo accion el mayorazgo de Castelrodrigo contra el Estado de Alcala, porque la que resultava de la obligacion hecha por el Duque en virtud de la facultad Real subsidiariamente, y à falta de bienes libres fue en favor de la Duquesa, quien moviò dicha accion, assi en este concurso primero pidiẽdo toda su dote, y arras a los bienes libres del Duque Don Fernando, como despues en Madrid pretendiendo tambien cobrar toda la dote, y arras de los frutos, y rentas de dicho Estado.

35 Sin que sea del caso, que por disposicion del derecho del Reino *in l.*2 *tit.* 16. *lib.*5. *Recopil.* se sustente la obligacion hecha al tercero, que no intervino en el instru-

trumento. vt *ibidem.* Azev. *n.*30.& Matienç. *Glos.*5. *n.*6. porque la obligacion (si se pudo sustentar el gravamen) no fue del Duque sino de la Duquesa. vt diximus *d. alleg. num.*37. que fue quien avia de bolver los 50U. ducados, y assi no se pueden pedir por parte del mayorazgo de Castelrodrigo al Estado de Alcala, ex Fontanel. *de pact nupt.* 2. *to. claus.*7. *Gloss.*3. *p.*7. *num.*28. Lugar que nos pareciô en terminos, y â que no se responde.

36 Pero fuerça deve de hazer al Abogado contrario, pues se reduze a juntar ambas personalidades en su parte, tanto dize como posseedor del mayorazgo, y Estado de Castelrodrigo, quanto como heredero de la Duquesa. No he visto en el pleito legitimacion desto vltimo, ni testamento de la susodicha en que dexe por su heredero al señor Marques, ni se halla mas poder suyo que la substitucion del que diô para administrar sus bienes, y mayorazgos quando fue â governar los Estados de Flandes. Conque no aviẽdo institucion de heredero, ni aceptacion de herencia, cessa el fundamento.

37 Pero sin perjuizio de la alegacion deste defecto prosiguiendo el discurso de la qualidad de la obligacion, y que por ser condicional no es exequible: procede mas sin duda nuestra defensa en quãto a los reditos, en el qual punto no se dà de contrario congrua respuesta. Porque los lugares encontrados en la question de si le deven reditos de la dote en los terminos de la obligacion del Estado son el señor Larrea *decis.* 37. y Don Pedro Noguerol, *alleg.* 17. El primero favorece à esta parte, y tiene de vẽtaja su autoridad, y decisiõ de la Chãcilleria de Granada: y en el segundo se pone la question, no por la principal del pleito de que se tratava, sino por respuesta al argumento que se podia hazer: porque el litigio no era sino sobre si â la muger del deudor concursado se le devian reditos de la dote desde el dia de la quiebra, que fue lo que se executoriô. Quod nihil ad rem.

38 Nin-

38 Ninguno de los Autores que trae Noguerol, habla en los terminos desta facultad, y de la obligacion hecha en su virtud. porque parece impossible que en su caso sea question la de los interesses, porque siendo la obligacion condicional, y subsidiaria, y que como hemos probado no se puede cometer la stipulacion hasta que conste no aver quedado bienes libres del Duque Don Fernãdo, y faltar para la paga de lo que se pretende se resta deviendo, no viene el dia desta obligacion hasta estar verificada la condicion. *l. quotiens. 59. ff. de verb. oblig. l. cedere diem 213. ff. de verb. sign.* Donel. *Comment. iur. civ. lib. 7. c. 8.* y los practicos, que cita Noguerol *alleg.* 11. *n.* 125. porque como dize Antonio Gomez *var. 2. tom. c.* 11. *nu.* 24. no se puede cõsiderar Acreedor al menos para ser admitido en juizio.

39 Ni en vno, pues, ni en otro lugar se pone el caso como el deste pleito. porque hablan en terminos de facultad para obligar los bienes del mayorazgo a la restitucion de la dote, y se duda si en esto se incluye el intervsurio, ò interesse de la retardacion de la paga. Y en esta question funda la decision de la Chancilleria el señor Larrea en principios irrefragables del derecho por los textos que trae *ex n. 9. & ex n.* 23. Noguerol solo se vale de doctrinas que vistas en sus originales tienen bien que registrar.

40 Pero quidquid illi dixerint, nuestro caso difiere de sus terminos. Y para demostrarlo, no truncadas como se scriven de contrario sino a la letra (licet iam pars repetita sit) por no estar en el memorial pondrè las palabras de la facultad, que despues de la relacion del casamiento dize asi.

41 *Con la qual os dan en dote, y casamiento cien mil ducados, que montan 37. q. 500ꝫ. mrs. Y que entre otras cosas que en razon del dicho casamiento se capitularon fue que obligasedes los bienes de vuestro Estado, y mayorazgo, à la restituciõ, y paga de veinte mil ducados de los*

que os dan en juros de à 14. y de los 20ꝟ. en joyas, y vestidos, y preseas, y de los 10ꝟ. de las dichas arras.

42 Con esta relacion dize su Mageſtad: *y nos acatando, &c. os damos licẽcia, y facultad, à vos el dicho Duque de Alcala, para que obligando primeramente à la restitucion, y paga de dicho dote y arras, los bienes libres que al presente teneis, y adelante tuvieredes, por si aquellos no bastarẽ podais obligar los frutos, y rentas del dicho vuestro Estado y mayorazgo, y no la propriedad del por la parte que demas de los dichos bienes libres fueren menester à la paga de los dichos 20ꝟ. ducados que asi os dàn en juros de à 14. y de los 20ꝟ. ducados de joyas, vestidos, y ajuar de casa, y diez mil ducados de las dichas arras, que por todos son 50ꝟ. ducados, que montan 48. q. 750ꝟ. mrs. y à falta de bienes libres podais hazer la dicha obligacion.*

43 La qual obligacion ya se vee que no es por toda la dote, ni generalmente como de contrario se asienta, sino por los 40ꝟ. ducados della, y los 10ꝟ. de las arras. Y para obligar a su paga subsidiariamente, y en defecto de bienes libres, los frutos y rentas del Estado se diò la facultad, Que si fuera como dize el Abogado contrario *in omnem causam* estavamos en los terminos del texto *in l. quaero 54. in princ. ff. locat.* de que sale Fachineo (Autor de los mas favorables a la dote, y a sus vsuras) *controv. iur. lib. 7. c. 57.* con esta distinciõ: *alia ratio est fideiussoris, qui cum taxatione in certam quantitatem obligatus est. Et similiter domini cõsentiẽtis, vt feudũ oppugnaretur à vassallo sub certa quantitatis taxatione: tunc enim consensus pertinet ad sortem tantum.* Y a la oposicion de Frecia, y de Afflictis (que es la que principalmente ha dado motivo a la controversia) de que aun el principal parece que la facultad es solo para la suerte, y que no comprehende las vsuras, dize Fachineo: *Quod facile concesserim si adiecta certa quantitatis taxatione (vt dictũ est) consentiat: vt puta: consentio vt pignus oppigneratum sit pro quanti-*

-ite censum aureorum dumtaxat. Caterum si consentiat
npliciter nec ad certam summam pecunia consensus re-
'rigatur, alitèr est respondendum. Con la mesma distin-
-ion corre Frãch.*decis.* 613.*pracipuè n.*15. & pluriès prò
hac opinione iudicatum fuisse asserit Gizarel.*decis.* 74.
in fin. Y la confusion de las citas de los Autores Italia-
nos se quita con el conocimiento del statuto de Napoles, sobre la permission de semejante obligacion, que enton-
ces como es facultad de ley tiene diferente consideració.
Hodiern.*ad Surd.decis.*271.*n.*8. Y quantos Auctores citá
los Addicionadores del señor Molina *lib.*4.*c.*5.*ad n.*6. vã
en la facultad general para la paga de la dote, y no tocan
en la specialidad de facultad para cantidad cierta; por cu-
ya obligacion no puede el fiador subsidiario ser condena-
do en vsuras.

44 Comprueba este assumpto multis iuribus D. Larr *d.decis.*37.*n.*23. pero sin ninguna presumpcion de poder adelantar su discurso, sino entendiendo que la facultad en virtud de que se hizo la obligacion sobre que saliô la decision de Granada, no devia de tener la taxativa, que ay en esta facultad, ni seria como esta para cierta cãtidad, y en subsidio, y falta de bienes libres, expressando la condicion *si faltassen*, recurro a la defensa començada pretẽdiendo que quando no huviera en la obligacion del Estado mas que ser illiquida, y cõdicional como se ha procurado probar en esta allegacion, y en la primera, y ser obligacion subsidiaria, estamos en lo vulgarissimo del texto *in l.quod te.*5.*ff.si cert. pet.* con los demas que trae Hering.*de fideiuss.c.*24.*n.*140.*& seqq.* y distincion magistral que assienta Honded.*volum.*1.*consult.*50.*n.*36. entre el deudor principal, y el fiador, ô subsidiario à quien *ex d. l.*5. le basta qualquier causa de poder pensar que no devia pagar, para que no estê obligado â intereses.

45 Vease pues si tuvo el Estado (quando huviesse sido convenido derechamente sustanciãdo el pleito cõ el

ad-

administrador sequestrario) justa causa de no pagar, pues deviendo solo *lo que no se pudiesse cobrar de bienes libres para la paga de los cinquenta mil ducados*, era preciso (como lo juzgò el Cõsejo cõ la remission de los autos que la Duquesa hizo en Madrid) acabar el concurso para ver si faltavan bienes libres de que darle satisfacion, exa... do antes si se le devia algo, puesto que entrò en to... os bienes y efectos del Duque que se ha dicho en el pleito, y que dexò, q̃ la heredera del Duque , y su hija la Princesa de Paterno entrasse en el Estado, de cuyos frutos, y rentas deviò cobrar, pudiẽdose arguir no buena fee de aver dexado de cobrar de la hija: y por passar al transversal la sucession querer cobrar lo que no se le deve, y con vsuras: Optimè Vinc. de Franchis *d. decis. 613. n. 19.* que haze esta mesma ponderacion, y que se quiera por este camino destruir al Estado con intervsurio que monta dos principales, y que la facultad que fue para obligar los frutos, y rentas del Estado a la paga en lo q̃ no alcançassen los bienes libres de los dichos 50U. ds. sea por 150U. ds. deviendo (vt diximus) liquidar el credito, y verificar la condicion de la scritura la parte que la quiere executar, pues antes no tiene accion, *ex l. cõditionales 54 ff. de verb. sign. §. sub conditione. inst. de verb. oblig.* vbi Pichard. & cæteri. Ant. Gomez. *var. tom. 2. c. 11. n. 30.* quien *nu.* 31. tiene que aun liquidada la cantidad , y cumplida la condicion entrara la interpelacion, y no antes. DD. *in l. quotiens. 59. ff. de verb. oblig.* vbi Iason. *n. 2.* dize ser esta sententia *comũ*, vt cum alijs etiam refert Leot. *de vsur. q 81. n. 33.* nondũ ergo venit conditio, ni oy se ajusta, ni està liquidada con citacion de parte formal por el Estado la cantidad q̃ de sus frutos, y rentas se pretende cobrar, para q̃ de pensando la Sala ser necessario nueva instancia , y nuevo juizio recibiò el pleito a prueba: q̃ si no se ha hecho , basta lo q̃ consta de los autos, y se ha ponderado por esta parte, para que se deniegue la execucion, puesto que en virtud de la

exe-

executoria por nõ averse litigado con el Estado, ni contener contra él mas que vna reserva, no se puede despachar la execucion, y mucho menos en virtud de la liquidacion, pues no se hizo con su citacion, y ha de preceder la declaracion del cumplimiẽto de la condicion, y de las pr[illegible]nsiones del Estado sobre estar pagada la cantidad q̃ [illegible]de, y averla devido cobrar (caso que no lo estuviesse) la [illegible]quesa, de la Princesa su hija, y de los frutos q̃ le tocaron, y ha pedido en este pleito, y sobre que en ningun caso deve reditos el Estado: porque ni aun la reserva los cõtiene, pues dize la sentencia de revista, q̃ sea solo por los 50U. ds. quanto quier como està dicho nũca pudiera ser sentencia condemnatoria contra el Estado, ex dictis quæ negotium spondent. Salvo in omnibus, &c. Hispal. postridie kalen. Decemb. ann. 1670.

Lic. Don Francisco Ortiz de Godoy.